

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

TUTELA ANTECIPATÓRIA: A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

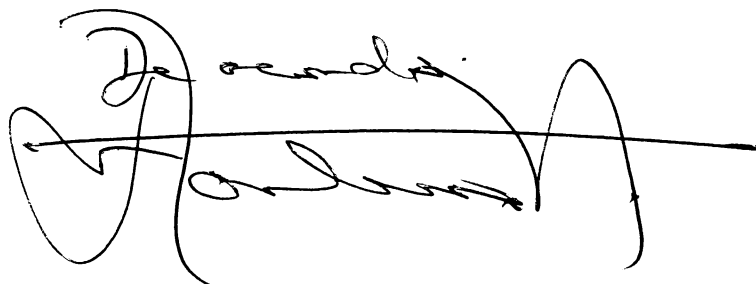
**CURITIBA
2006**

GLAUBER ROSA CANUTO BERNARDO

TUTELA ANTECIPATÓRIA: A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

Monografia Jurídica
apresentada como requisito
parcial à obtenção do
bacharelado do curso de
Direito, Setor de Ciências
Jurídicas na Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Manoel
Caetano Ferreira Filho

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Manoel Caetano Ferreira Filho', with a long horizontal stroke extending to the right.

**CURITIBA
2006**

*Dedico este estudo aos meus
pais, à minha irmã e à memória
de meu primo-irmão PH Canuto.*

SUMÁRIO

Resumo	pg. 01
Introdução	pg. 02
Capítulo 1 – A tutela jurisdicional	pg. 03
1.1 – Conceito	pg. 03
1.2 – Classificação da tutela jurisdicional	pg. 03
1.2.1 – A classificação tradicional	pg. 04
1.2.2 – Classificação quanto à durabilidade da eficácia da sentença	pg. 05
Capítulo 2 – Tempo e processo	pg. 07
2.1 – Divagações sobre o tempo	pg. 07
2.2 – O tempo, a segurança jurídica e a celeridade processual	pg. 08
2.3 – Mecanismos de aceleração processual	pg. 10
2.4 – A Emenda Constitucional nº. 45	pg. 11
Capítulo 3 – Antecipação da tutela	pg. 13
3.1 – A tutela de urgência	pg. 13
3.2 – A tutela cautelar	pg. 13
3.3 – A tutela antecipada	pg. 15
3.3.1 – Principiologia constitucional	pg. 16
3.3.2 – Pressupostos para a concessão da tutela antecipatória	pg. 18
3.4 – Cabimento	pg. 19
3.4.1 – Ações condenatórias	pg. 19
3.4.2 – Ações declaratórias e constitutivas	pg. 20
Capítulo 4 – Tutela antecipatória: a parte incontroversa da demanda	pg. 21
4.1 – Considerações iniciais	pg. 21
4.2 – A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda fundamentada na não-contestação dos fatos	pg. 24
4.2.1 – O artigo 302 do CPC	pg. 24
4.2.2 – O caso da contestação genérica	pg. 25
4.2.3 – O comparecimento em juízo e a não apresentação de contestação	pg. 26
4.3 – A antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda fundamentada no reconhecimento jurídico parcial do pedido	pg. 28
4.3.1 – Confissão e reconhecimento: diferenças	pg. 28
4.3.2 – A antecipação da tutela através da técnica do reconhecimento jurídico parcial do pedido	pg. 29
4.4 – A técnica da antecipação da tutela de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados que já se encontrem maduros para julgamento	pg. 30
4.5 – A execução da tutela antecipada: efetivando o direito	pg. 30
Conclusão	pg. 33
Bibliografia	pg. 34

RESUMO

A partir da Lei 10.444 de 2002, a sistemática processual civil brasileira deu um importante passo no sentido de possibilitar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva. Tal lei inseriu no art. 273 do Código de Processo Civil o §6º. Agora também é admitido que a antecipação da tutela seja deferida nos casos que uma parcela da demanda se mostre como incontroversa. É um instituto novo que se adentra ao processo civil e diferente dos seus correlatos também previstos no art. 273. O presente estudo se destina precipuamente a análise do §6º do art. 273 e também realiza pequenas incursões no tema da antecipação de tutela, na relação entre tempo-processo e na conceituação e classificação da tutela jurisdicional.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro foi criado dentro de um sistema que privilegiava acima de qualquer valor a certeza jurídica. A grande maioria das instituições processuais civis do direito brasileiro é estruturada no pilar da segurança jurídica.

Essa valorização desproporcional da certeza jurídica acabou por culminar numa prestação jurisdicional lenta e, por muitas vezes, ineficaz. As instituições criadas para garantir aos cidadãos a efetivação de seus direitos estão desacreditadas. O que ainda garante um mínimo de credibilidade no sistema jurídico brasileiro é a tutela jurisdicional de urgência. É difícil pensar como o Judiciário sobreviveria caso não existissem as liminares e as tutelas de urgência. Uma coisa é certa, sua função pacificadora seria inócua, pois apenas uma parcela muito pequena das demandas levadas a juízo pode suportar uma prestação jurisdicional lenta. A busca pela segurança jurídica, apesar de ser um valor importante, não pode ser justificativa para o Estado prestar sua tutela jurisdicional de forma lenta e, muitas vezes, ineficaz.

Diante do quadro social de insatisfação com a tutela jurisdicional de forma intempestiva, a melhor doutrina brasileira sempre buscou formas de se possibilitar uma prestação jurisdicional tempestiva e eficaz. E é respondendo a essas preocupações que foi inserido no sistema jurídico brasileiro o §6º ao art. 273 do Código do Processo Civil, através da Lei 10.444 de 2002.

O Brasil, agora, recepciona o instituto da antecipação da tutela nos casos em que a demanda (ou parte dela) se mostrar (ou se tornar) incontroversa. Interessante idéia importada pelos legisladores brasileiros e que proporcionará um novo fôlego à tempestividade da tutela jurídica, culminando numa melhor divisão entre autor e réu do ônus causado pelo tempo no processo.

O escopo do presente estudo é realizar uma breve análise da nova modalidade de tutela antecipatória possibilitada pelo §6º do art. 273 do CPC e mostrar que o tempo, apesar de ser um inimigo implacável em desfavor à tutela jurisdicional célere e efetiva, pode ser transposto de forma segura, sem desvalorizar a segurança jurídica.

CAPÍTULO 1

A TUTELA JURISDICIONAL

1.1-Conceito

A idéia de tutela jurisdicional nasce a partir do momento em que o Estado avoca para si o papel de único legítimo para dirimir as controvérsias oriundas do mundo fático. A proibição da tutela privada gera conseqüências importantes na vida de todos os jurisdicionados, tanto o é que nossa Carta Maior prevê em seu art. 5º, XXXV, a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, desde que seja provocado para tanto.

A aplicação da tutela jurisdicional é uma das atividades mais importantes do Estado, prova disso é que esta atividade quase monopoliza as ações de um dos três poderes da República, o Poder Judiciário.

Ao falarmos do monopólio estatal de administrar a justiça, estamos lidando com o amparo, com a defesa que o Estado, através do aparato judiciário, coloca à disposição dos indivíduos para que qualquer controvérsia fática que ganhe relevância jurídica seja resolvida.

A tutela jurisdicional deve ser entendida como um poder/dever atinente ao Estado (que deve ser muito bem desempenhado, sob pena de ruir uma das bases fundantes do convívio social), de fazer uso da jurisdição, a fim de que se chegue a uma conclusão sobre os direitos levados à apreciação do judiciário, e, se legitimamente reconhecidos, lhes garanta eficácia, promovendo, nos dizeres de Carnelutti, uma “justa composição da lide”.

1.2-Classificação da tutela jurisdicional

Em qualquer atividade intelectual a natureza humana mostra uma certa necessidade de catalogar o seu objeto de estudo. A tutela jurisdicional não foge a regra e também apresenta as suas classificações.

1.2.1-A classificação tradicional

De acordo com o modelo clássico do processo civil, a tutela jurisdicional se apresenta em três formas distintas, podendo ser uma atividade cognitiva, executiva ou cautelar. É nesta ótica que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 foi estruturado.

Na tutela de conhecimento é realizada uma atividade intelectual na qual o magistrado analisa o fato que originou a lide e a ele faz incidir o direito objetivo. Assim Frederico Marques entendeu ao tratar do processo de conhecimento, já que esse teria “por fim compor o litígio mediante sentença. Nesse processo, o magistrado dá soluções à lide através do juízo. Apresentada a situação de fato de que se originou a lide, sobre ela incide o direito objetivo através de operação de ordem lógica, em que o juiz enquadra ou subsume os fatos no preceito do direito vigente, aplicando-o concretamente ao litígio, com o pronunciamento decisório em que se consubstancia a sentença”¹.

Enquanto no processo de conhecimento o direito postulado é posto em discussão a fim de averiguar se ele realmente existe, no processo de execução essa dúvida a respeito da existência do direito já não existe. O procedimento executório tem como escopo efetivar o direito contido no título executivo. O resultado dos atos executivos consiste em mudar o “status quo”, subtraindo do patrimônio do devedor e adicionando no patrimônio do credor. Entende-se a execução “como uma cadeia de atos de atuação da vontade sancionatória, ou seja, conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material”².

As ações cautelares, por sua vez, visam garantir o resultado útil do processo, pois em muitos casos a morosidade do procedimento cognitivo e do executivo pode colocar em risco a integralidade do objeto buscado em direito. Nesses casos, o procedimento cautelar é utilizado para que garantir à parte uma real efetividade do processo.

¹ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, v. II, pg. 2.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil, pg. 121. Conceito de Dinamarco inspirado nas idéias de Liebman.

Uma crítica feita a essa classificação tradicional tripartida é que os procedimentos não são genuinamente puros, sendo muito fácil se deparar com elementos típicos do processo de conhecimento no processo de execução e vice-versa. Já o procedimento cautelar reúne características de ação cognitiva e executiva dentro do mesmo procedimento.

Mesmo com essas críticas, a classificação tripartida é clássica e possui um valor didático muito grande para recepcionar os neófitos ao vasto mundo do Direito.

1.2.2 – Classificação quanto à durabilidade da eficácia da sentença

Uma outra modalidade de classificação que podemos adotar é quanto à durabilidade da eficácia da sentença, podendo ser uma tutela definitiva ou uma tutela provisória.

Os procedimentos podem ser considerados de cognição exauriente ou sumária no plano vertical, e plena ou limitada no plano horizontal³. Melhor explicando, a cognição horizontal diz respeito à extensão do conflito posta em discussão. A cognição será plena quando todo o conflito estiver sido posto em debate, por outro lado, será limitada nas ocasiões em que apenas parte do conflito existente for objeto da demanda. Já no plano vertical, a cognição se caracteriza pelo grau de profundidade com a qual é realizada. Se for realizada apenas uma análise superficial da demanda, a cognição vertical será sumária, caso contrário, ao ser feita uma valoração completa da demanda, a cognição vertical será exauriente. Pois bem, com base nessa distinção, passemos à caracterização da tutela definitiva e da tutela provisória.

A tutela definitiva se caracteriza pelo valor segurança. Vários atos processuais são realizados a fim de que se busque a certeza dos fatos alegados, há uma ampla atividade probatória. Como a decisão do magistrado se fundamenta na verdade dos fatos provados, e não na verossimilhança dos mesmos, a tutela definitiva faz coisa julgada, sendo que “o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra o ataque dos contrariados; e indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a

³ De acordo com a teoria apresentada por Kazuo Watanabe.

eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem que necessitam da proteção do Estado e não conyém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência. Por outro lado, existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado, confia na idoneidade do sistema em sim mesmo. E, por fim, psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este, desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social”⁴. O procedimento ordinário é a exemplificação mais óbvia da tutela definitiva. Por ser definitiva, todos os procedimentos que este tipo tutela engloba possuem uma cognição exauriente no plano vertical.

A tutela provisória privilegia o valor tempo, sendo constituída por procedimentos dinâmicos que proporcionam uma rápida resposta por parte do judiciário ao conflito posto em litígio. Devido à dinamicidade do cotidiano, alguns atos que demandam urgência não podem ser adequadamente prestados pela tutela definitiva, sendo, portanto, atendidos pela tutela provisória. Neste tipo de prestação jurisdicional, a atividade de conhecimento no plano vertical é sumária, uma vez que é fundamentada no juízo de verossimilhança que o magistrado faz dos fatos e do direito alegado. A tutela provisória, como o próprio nome indica, está fadada a desaparecer pelo decurso do tempo (sendo substituída por uma tutela definitiva), não faz, deste feito, coisa julgada.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, pg. 195-196.

CAPITULO 2

TEMPO E PROCESSO

2.1 DIVAGAÇÕES SOBRE O TEMPO

“O que é tempo? Um rio ondulante que carrega todos os nossos sonhos? Ou os trilhos de um trem? Talvez ele tenha curvas e desvios, permitindo que você possa continuar seguindo em frente e, ainda assim, retornar a uma estação anterior da linha”⁵. Não existe nenhuma definição exata do que seja o tempo porque ninguém realmente sabe o que ele é.

Toda a vida e conhecimento dos seres humanos lhes são apresentadas depois de formatadas dentro das dimensões do tempo e do espaço. Muitos mistérios ainda cercam a dimensão “tempo”. A Física ainda não consegue explicá-lo com toda certeza científica, muitas teorias travam divergências se o tempo é infinito (sempre existiu e sempre irá existir) ou se o tempo teve um começo e, conseqüentemente, terá um fim.

Afastando um pouco das questões mais abstratas, mas nem por isso de menor importância, divaguemos um pouco sobre o que o tempo representa para a vida concreta do homem comum.

O tempo sempre foi um dos enigmas que mais fascinava (e fascina) o homem. A possibilidade de uma viagem no tempo é mais do que um script de cinema, é um desejo sempre recorrente da natureza humana. O tempo é uma das poucas coisas que o homem ainda não controla. A passagem do tempo afeta a tudo e a todos.

Muito papel e tinta já foram gastos nas tentativas de se explicar e tentar domar o tempo, mas ele continua absoluto como sempre. Gênios como Newton e Einstein tentaram decifrar os mistérios do tempo e fizeram grandes avanços científicos, temos que admitir, mas ainda sim o domínio sobre o tempo nos parece um sonho distante, assim como a visão de um judiciário célere.

A demora do judiciário em resolver em definitivo as questões que lhe são apresentadas é uma das principais razões para o atual descrédito que o judiciário brasileiro possui frente aos seus jurisdicionados.

⁵ HAWKING, Stephen. O Universo numa Casca de Noz, pg. 31.

A demora da prestação jurisdicional por muito tempo foi relegada a uma discussão de segundo plano, no entanto, atualmente, o mundo em que vivemos se tornou dinâmico, não suportando a lentidão do Poder Judiciário. Muito já foi discutido, muito já foi feito, mas ainda estamos engatinhando no quesito celeridade processual, enquanto o tempo continua impassível, passando como sempre passou, não se importando para os problemas da nossa realidade concreta.

O debate dos efeitos do tempo sobre a relação processual, apesar de não ser um tema novo, se tornou um dos principais problemas para ser resolvido nesse novo milênio que se inicia. E é bom que, assim como o resultado desejado, o debate e a solução apresentada não demorem muito para serem apresentados, pois o tempo não irá esperá-los.

2.2 – O tempo, a segurança jurídica e a celeridade processual

Todo o sistema jurídico brasileiro é estruturado no fenômeno tempo. Ao se adentrar numa relação jurídico-processual todos os atos a serem praticados estarão submetidos a prazos. Até mesmo antes de se começar uma relação processual, o direito já se encontra refém dos efeitos temporais, pois os institutos da prescrição e decadência são fatais para qualquer direito ou pretensão de direito. Parece que o único ato processual que não está sujeito a um prazo é o ato jurisdicional de se decidir definitivamente a relação jurídica.

No Brasil, optou-se em se privilegiar a certeza jurídica em detrimento da celeridade processual. Frise-se que celeridade processual não implica numa sentença despreparada e sem um estudo prévio e adequado que permita proferi-la.

A certeza jurídica se traduziu no ordenamento jurídico brasileiro na generalização do procedimento ordinário para se dirimir qualquer questão levada ao judiciário. “O grande inconveniente da generalização do procedimento ordinário é justamente sua inadequação às diversas necessidades das partes quando estão a discutir uma gama muito diferenciada de pretensões de direito material. O mito do processo ordinário fez com que durante muito tempo se acreditasse que ele funcionaria como um coringa,

como um procedimento neutro, por isso mesmo, poderia se adequar a todo e qualquer litígio da vida de relação”⁶.

A idéia de que o procedimento ordinário prima pela neutralidade é um pensamento pernicioso. Se por um lado, e é verdade, que o procedimento ordinário busca de todas as formas ter certeza sobre as verdades jurídicas afirmadas, por outro lado, os ônus da lentidão processual ficam concentrados exclusivamente na parte que tem razão. O tempo não é distribuído de forma racional.

A crença que apenas a neutralidade processual seria suficiente para resolver todos os tipos de lides de forma justa e eficiente deriva do liberalismo do séc. XIX. De uma lei que passa alheia aos acontecimentos sociais.

Por ironia do destino, o tempo que foi relegado a 2º plano pela ordinariedade da certeza jurídica, foi ele, justamente, o responsável por mostrar a falência da crença que a generalização do processo ordinário estaria apto a resolver de forma justa e eficiente qualquer tipo de demanda. O ruir da busca cega pela certeza jurídica em detrimento de todos os outros aspectos processuais, principalmente a celeridade, nos mostra “que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação”⁷.

Nesse novo milênio que se inicia, tais resultados são traduzidos em celeridade processual, em diversidade de procedimentos. O judiciário brasileiro deve estar preparado para possibilitar ao jurisdicionado uma resposta rápida ao seu litígio. O tempo deve deixar de ser um ônus para se transformar numa resposta, numa solução. Segurança jurídica e celeridade processual não são mutuamente excludentes, podem pacificamente conviver dentro de um mesmo sistema jurídico.

Como tudo na vida evolui, o processo há também que evoluir. A idéia de algo estático não se molda ao pensamento do século 21, e é muito importante lembrar que o direito existe para o homem e não o homem para o direito, conseqüentemente, a tutela jurisdicional deve suprir os anseios que afligem os jurisdicionados, e o problema que está na pauta do dia é a demora da prestação jurisdicional. Portanto, “é chegado o momento do ‘tempo do

⁶ DORIA, Rogéria Dotti. A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda, pg. 45.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, pg. 183.

processo' tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República"⁸.

2.3 - Mecanismos de aceleração processual

Devido à grande evolução técnica e científica apresentada pelo Direito Processual Civil pátrio, ficou evidente que o modelo do procedimento ordinário é ineficaz para possibilitar uma prestação jurisdicional adequada às situações que exigem uma resposta rápida por parte do judiciário. Diante deste panorama, o processo civil brasileiro vem desenvolvendo vários mecanismos que evitem a penosa lentidão processual.

Um desses mecanismos está previsto no art. 18 do Código de Processo Civil e prevê uma sanção para a parte que se comportar com deslealdade na relação processual, pois "as legislações processuais modernas são plasmadas de normas que regem o dever de lealdade, de veracidade, de cooperação das partes com o juiz na tarefa de realização do direito por meio do processo"⁹. A parte não pode se utilizar dos diversos atos processuais com intuito meramente protelatórios, de causar uma lentidão ainda maior na marcha processual. O comportamento das partes na relação processual deve estar sempre pautado pelo princípio da boa-fé.

Além de coibir atos meramente protelatórios, a legislação brasileira tem apresentados técnicas de sumarização do processo que facilitam muito a celeridade processual. A principal delas é o instituto da tutela antecipada, que será objeto do próximo capítulo.

Ainda dentro das técnicas de sumarização, temos o procedimento monitório, introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.079 de 14 de julho de 1995, que nos apresentou os artigos 1.102a a 1.102c no Código de Processo Civil. A ação monitória "consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado – Parte Incontrovertida da Demanda, pg. 16.

⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo, pg. 123.

por documento hábil, requer prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, procurando obter a satisfação de seu direito”¹⁰.

O procedimento monitório possibilita uma maior celeridade processual ao reduzir drasticamente a cognição processual, formando o título executivo de forma célere, recaindo unicamente sobre o réu os efeitos de sua eventual inércia processual.

As ações coletivas também têm se mostrado um importante remédio para os males da ação do tempo sobre o processo, pois em uma única ação se poupará tempo e custo processual em comparação à proposição de centenas de ações com o mesmo objeto, só que propostas de formas separadas.

O tempo é um dos componentes da relação processual mais relevante para a adequada prestação jurisdicional, devendo ser sempre objeto de pesquisas e inovações técnicas para evitar que a satisfação de um direito, quando finalmente concedida pelo Judiciário já tenha se tornado obsoleta.

2.4 – A Emenda Constitucional nº. 45

Um exemplo claro da preocupação atual da ciência jurídica em se diminuir (ou ao menos amenizar) os efeitos do tempo na relação processual veio, claramente, expresso na Emenda Constitucional nº. 45, que acrescentou no art. 5º o inciso LXXVIII com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tal Emenda da Constituição Federal operacionalizou diversas alterações no sistema judiciário brasileiro. Os focos principais foram a organização da Justiça do Trabalho e as criações do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. A questão atinente à duração do processo foi, timidamente, tratada apenas na inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º.

Mesmo que com um enfoque menor do que as outras questões, a dualidade tempo e processo foi elevada à matéria constitucional e isso traz um

¹⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo, pg. 135.

avanço muito grande para o desenvolvimento de uma melhor técnica de celeridade processual.

É importante notar que o inciso LXXVIII do art. 5º da CF não faz menção apenas à razoável duração do processo, garante também aos jurisdicionados os meios adequados para que sua tramitação seja célere.

Ao nosso entender, a redação do inciso LXXVIII do art. 5º da CF foi muito concisa, disse menos do que gostaria. A questão entre tempo e processo envolve muito mais aspectos do que, simplesmente, a celeridade processual. Deve-se ter a preocupação principal de poder tornar efetivo o direito buscado em juízo. De nada adianta à parte obter por parte do judiciário um trâmite processual célere, ver seu direito reconhecido, mas não poder efetivá-lo por falta de uma técnica processual que admita e propicie tal satisfação.

Demos um primeiro passo, a dicotomia tempo/processo já é uma matéria expressamente constitucional, mas ainda há muito para ser caminhado.

CAPÍTULO 3

Antecipação da tutela

Antes de nos adentrarmos ao estudo do instituto da antecipação da tutela, faz-se necessário uma brevíssima análise da tutela cautelar e da tutela de urgência a fim de diferenciá-las da tutela antecipatória.

3.1 – A tutela de urgência

Como visto no capítulo anterior, o transcorrer do tempo é algo que muitas vezes se constitui num pesado ônus a ser suportado pelas partes. A tutela de urgência foi criada para evitar que o demora do processo cause um dano irreparável à uma das partes, para evitar que o direito material fique impossibilitado de ser realizado.

A tutela de urgência é um instituto processual que se apresenta como um “gênero do qual a tutela cautelar e a tutela antecipada constituem espécie”¹¹.

3.2 - A tutela cautelar

A tutela cautelar se constitui uma espécie da tutela de urgência. Seu escopo reside na ação estatal de assegurar a possibilidade de uma futura satisfação de determinado(s) direito(s) subjetivo(s).

Tal prestação jurisdicional impede que uma longa e exaustiva cognição quanto à existência e certeza de um direito acabe no perecimento deste mesmo direito, ou que a sua satisfação já não seja mais interessante para a parte.

Então, mesmo que não se tenha feito uma análise quanto à existência ou não do direito, cabe à tutela cautelar assegurar que esse suposto direito possa ser realizado no futuro. Quando uma pretensão urgente de direito material não puder satisfatoriamente ser atendida pela tutela de conhecimento, deve-se fazer uso da tutela cautelar.

¹¹ DORIA, Rogéria Dotti. A Tutela Antecipada em Relação..., pg. 40.

Nota-se que o que a tutela cautelar visa assegurar é que uma pretensão de direito material possa ser satisfeita ao fim de uma cognição mais completa e exauriente, blindando essa pretensão dos efeitos maléficos e inexoráveis da passagem do tempo. Portanto, “não têm razão os processualistas que afirmam que o processo cautelar não poderia proteger a realização de um direito porque este pode vir ao final a ser declarado inexistente. O equívoco é evidente. Quando se diz que a tutela cautelar assegura a realização futura de um direito, o que se está a afirmar é que essa tutela protege ou garante a possibilidade de realização de um provável direito afirmado pela parte.”¹². Diante o exposto, podemos concluir que a idéia da existência do direito não se faz necessária para que fique assegurada uma possível futura satisfação do mesmo.

Durante muito tempo foi defendida a idéia de que a tutela cautelar protegeria o resultado útil do processo, era concebida como “um instrumento do instrumento”. Tal entendimento já está superado, caso contrário, a garantia de um resultado útil do processo (com toda a carga de instrumentalidade que essa expressão oferece) culminaria sempre numa sentença de procedência, e numa hipótese de se decidir pela improcedência do pedido, a utilização da tutela cautelar ficaria sem sentido.

A tutela cautelar é um remédio processual que surgiu a fim de diminuir os efeitos nocivos que o decorrer do tempo traz ao processo. Através do processo cautelar, o jurisdicionado possui um mecanismo que lhe assegura a possibilidade de ver se direito satisfeito, impedindo que a outra parte ou o decorrer do tempo faça este direito perecer ou que a satisfação deste direito deixe de ser interessante para a parte. Mesmo que a existência do direito não tenha sido declarada ou não se tenha certeza sobre a existência do mesmo, nada disso importa para que a tutela cautelar alcance seu fim, pois este reside unicamente em assegurar que uma determinada pretensão de direito subjetivo possa ser satisfeita. “O traço distintivo predominante reside na finalidade da medida cautelar: precipuamente a de evitar ou a de minimizar o risco de eficácia do provimento final”¹³.

¹² DORIA, Rogéria Dotti. A Tutela Antecipada em Relação..., pg. 37.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodriguez; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, v. 01, pg. 334.

3.3 - A tutela antecipada

O surgimento da antecipação da tutela no ordenamento jurídico brasileiro é fruto de um pensamento que se preocupa em agilizar a justiça.

Durante muito tempo acreditou-se que processo ordinário seria a resposta para processar e resolver todas as situações de conflito. Tal entendimento surgiu da certeza jurídica inerente à exaustiva busca da verdade propiciada pelo procedimento ordinário. Houve uma forte tendência para a unificação dos procedimentos, devendo subsistir apenas o ordinário. As tutelas sumárias, salvo raríssimas exceções, praticamente deixaram de existir.

Para se obter um grau de certeza tão elevado propiciado pelo rito ordinário, leva-se muito tempo, e não são todas as demandas que podem suportar, sem prejuízo do direito buscado, uma longa passagem do tempo. Como no direito brasileiro não havia nenhum remédio processual adequado que protegesse as partes dos efeitos temporais do processo, passou-se a usar a tutela cautelar para todo o tipo de pretensão que demandava urgência.

A crença num procedimento único que possibilitasse o máximo de certeza possível acabou por transformar todas as formas de tutelas de urgências em tutelas cautelares, uma vez que em inúmeras ocasiões a satisfação do direito ficaria defasada tão somente pela passagem do tempo. O processo cautelar tornou-se a válvula de escape para a demora da prestação jurisdicional, mesmo que se fosse pedido desde logo a própria satisfação do direito material.

Diante deste quadro caótico em que se encontrava o processo cautelar, servindo como um curinga para todas as situações de urgência, em 13 de dezembro de 1994 a antecipação de tutela foi genericamente introduzida no Direito Processual brasileiro através de Lei 8.952, que modificou o art. 273 do Código de Processo Civil.

A tutela antecipada veio para ser aplicada em todos aqueles casos urgentes em que a mera garantia da realização futura do direito não se faz suficiente. E é exatamente neste ponto em que a antecipação de tutela se diferencia da tutela cautelar, porque, enquanto esta apenas garante que o direito buscado não perecerá com a ação do tempo, a tutela de urgência do art. 273 do CPC permite que o direito subjetivo seja de pronto realizado, antes do

final do processo em que este direito é discutido. “A antecipação da tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo”¹⁴, é uma “providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, como o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento”¹⁵.

Ressalta-se que o instituto da antecipação da tutela apesar de ser enquadrada como uma espécie do gênero tutela de urgência, também pode ser concebida nos casos em que há o abuso do direito de defesa ou atos meramente protelatórios do réu, assim como nas situações em que o pedido se mostre incontroverso.

3.3.1 – Principiologia Constitucional

Em todo ordenamento jurídico, em especial os derivados da *civil law*, precisam ser coesos. Num pensamento kelseniano perfeito e acabado, um sistema jurídico ideal não poderia apresentar nenhuma contradição interna de suas normas, sob pena de ruir todo o ordenamento jurídico, a coesão deveria ser máxima. Acontece que no mundo fático este é um modelo que muito dificilmente sobreviveria, pois seria um sistema jurídico extremamente estático que encontraria sérios problemas para se adequar ao dinamismo que atualidade requer.

Do pensamento de Kelsen ficou a idéia de um sistema jurídico hierarquicamente fechado. A questão que se colocava era como lidar com as contradições internas. No caso das leis a questão se resolvia fácil, precisava apenas que fossem aplicados os critérios de maior hierarquia e temporalidade. O complicado seria harmonizar dois princípios que se mostram contraditórios para a mesma situação. Alexy nos apresentou a solução ao propor o método de ponderação dos princípios.

¹⁴ DORIA, Rogéria Dotti. A Tutela Antecipada em Relação..., pg. 49.

¹⁵ NERY Jr., Nelson. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995, pg. 66.

Toda essa argumentação sobre a coesão do sistema jurídico se justifica na medida em que as tutelas de urgência, em especial a antecipação da tutela, podem ser entendidas como um mecanismo posto ao serviço do Poder Judiciário a fim de que se busque um equilíbrio entre o princípio da efetividade da jurisdição e o princípio da segurança jurídica.

Por um lado temos o princípio da efetividade da justiça, que coloca ao alcance do jurisdicionado todo o aparelho estatal voltado para dirimir os conflitos do cotidiano. “O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”¹⁶.

Por outro lado temos o princípio da segurança jurídica que para ser efetivamente realizado requer uma cognição exauriente, a qual demanda muito tempo para ser totalmente realizada, pois possibilita às partes todas as formas de manifestações e produções de provas possíveis. “É, pois, direito fundamental do litigante demandado (como o é, também do litigante demandante) o direito à chamada cognição exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos”¹⁷.

Para se resolver os conflitos de princípios, podemos resumir em 3 critérios a forma de solução. Primeiramente, temos o critério da necessidade, segundo o qual a colisão de princípios deve ser real, sendo impossível a vigência comum deles para a mesma situação. Caso não se configure este quadro, a solução não será legítima. Em seguida temos o critério da proibição de excessos, segundo nomenclatura de Canotilho, que prescreve a restrição de um princípio ao mínimo possível para que se ocorra a harmonização pretendida. Finalmente, temos o critério da salvaguarda do núcleo essencial disciplinando que um princípio não pode ser completamente limitado objetivando, com isso, buscar a harmonização entre os princípios.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, pg. 65.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, pg. 66.

3.3.2 – Pressupostos para a concessão da tutela antecipatória

Analisemos a redação do art. 273 do Código de Processo Civil:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Podemos observar que o CPC nos apresenta dois tipos diferentes de pressupostos, os concorrentes, que estão previstos no caput, e os alternativos, que estão discriminados nos incisos I e II.

Concorrentemente, a concessão da tutela antecipatória necessita de prova inequívoca e verossimilhança da alegação. As provas já carreadas devem ser suficientes para admitir os fatos como certos, possibilitando ao magistrado se convencer da verossimilhança do fundamento de direito alegado. “Dir-se-á que é um paradoxo a exigência de fato certo e juízo de verossimilhança do direito, se o fato é certo, o direito existe ou não existe, cabendo ao juiz desde logo declará-lo, (...) Na verdade, todavia, a referência a “prova inequívoca” deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas. (...) Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta – que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução –, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade”¹⁸.

Alternativamente, o inciso I do art. 273 requisita o famoso *periculum in mora*, que consiste num risco concreto, atual e grave. Observa-se que essas 3

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, pg. 77-78.

qualificações devem coexistir, pois mesmo que o risco seja grave, se não for iminente e/ou concreto, não há de se falar em antecipação de tutela.

Já o inciso II, por sua vez, requisita como pressuposto alternativo os atos protelatórios do réu, podendo ser exemplificados no “abuso do direito de defesa” (os atos protelatórios praticados no processo) e no “manifesto propósito protelatório do réu” (entendido como os atos praticados pelo réu fora do processo, como a simulação de uma doença para justificar o não comparecimento a uma audiência).

3.4 – Cabimento

3.4.1 – Ações Condenatórias

“A ‘antecipação total dos efeitos’ da tutela condenatória nada mais é do que a antecipação do efeito executivo (ou, melhor, a produção antecipada do efeito executivo) da tutela de condenação, que torna viável a antecipação da realização forçada do direito afirmado pelo autor”¹⁹. A possibilidade de se admitir a antecipação de tutela nas ações condenatórias é um ponto pacífico na doutrina. A única controvérsia é quanto ao cumprimento da decisão antecipatória, se ela seria cumprida no próprio processo de conhecimento que a ensejou (mediante ordens ou mandados) ou se sujeitaria a uma ação autônoma. A melhor doutrina prestigia a 1ª opção e não poderia ser diferente, pois se um dos escopos principais da antecipação de tutela é diminuir os efeitos nocivos que o tempo produz na relação processual, não há porque se pensar numa nova ação autônoma que demandaria ainda mais tempo (visto a falência do nosso sistema cartorial) e que, ainda, colocaria em risco a efetividade da medida antecipatória, já a tornando ineficaz de plano.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação de tutela, pg. 37.

3.4.2 Ações declaratórias e constitutivas

Grande parte da doutrina não admite a antecipação de tutela nas ações declaratórias e constitutivas, argumentam que a medida antecipatória seria inviável, pois não apresentaria uma relevância prática ao ser deferida.

No entanto, outra parte da doutrina, com mais razão, admite que os efeitos antecipatórios para as ações declaratórias e constitutivas. Como bem ensinado por Pontes de Miranda, uma sentença de procedência não possui apenas um efeito, ela possui vários efeitos dos quais um é preponderante. Assim, a antecipação da tutela numa ação declaratória ou constitutiva se torna viável, quando da medida antecipatória puder ser aproveitado algum efeito que a torne relevante no plano fático, por exemplo, ao ser aproveitado um efeito condenatório ou mandamental.

CAPÍTULO 4

TUTELA ANTECIPATÓRIA: A PARTE INCONTROVERSA DA DEMANDA

4.1 – Considerações iniciais

A jurisdição é um dos fundamentos que sustentam a vida em sociedade. Administrar e aplicar o Direito são duas das principais e mais difíceis tarefas que o Estado avocou para si. A partir do momento que a tutela privada não é mais permitida, a tutela estatal de apreciação dos direitos levados a juízo deve ser muito bem desempenhada sob o risco de a justiça se transformar apenas em discursos retóricos.

A principal dificuldade na boa administração e aplicação do Direito reside na árdua tarefa de se conciliar dois ideais do processo, a rapidez processual e a certeza jurídica para se proferir uma sentença²⁰. Por muito tempo a idéia da segurança jurídica prevaleceu, tanto é que o procedimento ordinário serviu de modelo para qualquer tipo de demanda, as técnicas de cognição sumárias quase entraram em extinção. Talvez seja até um exagero de nossa parte, mas é possível afirmar que a crença que o procedimento ordinário poderia ser uma resposta para tudo foi tão grande que quase o transformou num axioma jurídico-processual.

Ocorre que com as inovações tecnológicas, cada vez mais recorrentes, as relações sociais ficaram cada vez mais dinâmicas, a sociedade começou a dar à passagem do tempo o seu devido valor, e essa necessidade social ecoou no quase intocável mundo jurídico. O procedimento ordinário com todo o seu aparato de ampla instrução dilatória e privilegiando ao extremo o valor segurança jurídica não mais conseguia responder satisfatoriamente todos os tipos de demanda. Então, as técnicas de cognição sumárias antes renegadas recuperaram seu prestígio, foram temas de vários estudos e pesquisas, enfim, experimentaram uma evolução científica muito bem vinda não só à comunidade jurídica, mas a toda a sociedade.

Agora, os efeitos da passagem do tempo na relação processual não são mais ignorados. A maioria dos juristas se preocupa em compatibilizar a questão da rapidez processual com a certeza jurídica, sendo que um dos principais

²⁰ Conforme ensinamento dado pelo Prof. Egas Moniz de Aragão

avanços nessa área foi a inserção do §6º ao art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei 10.444 de 2002. Tal dispositivo legal insere no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da antecipação da tutela nos casos em que a demanda (ou parte dela) se apresente incontroversa.

Muito bem vinda essa “inovação” ao Direito brasileiro, uma vez que a existência da controvérsia é o principal motivo da atuação do judiciário e uma das principais razões para a demora na tramitação do processo, pois como cada parte tem o direito a expor seus argumentos e suas provas, esses atos processuais vão alongando o tempo da relação processual até o momento em que o juiz tenha certeza (segurança jurídica) para decidir o litígio. Eliminadas as controvérsias, o caminho está livre para o magistrado conceder o direito incontroverso para a parte vencedora com toda a segurança jurídica necessária, já que o pedido se mostrou incontroverso, e com toda rapidez esperada, fazendo uso do instituto da tutela antecipatória na modalidade prevista no §6º do art. 273 do CPC.

É relevante ressaltar que a revelia não torna a demanda incontroversa, já que a presunção do art. 319 do CPC é relativa. “Pretende-se, com tal postura, não se atribuir à revelia uma qualidade negativa, até mesmo porque ela deve ser analisada na perspectiva dos aspectos sociais que envolvem o processo do dia-a-dia”²¹. A demanda, ou parte dela, só poderá ser analisada como incontroversa a partir do momento em que a contestação seja apresentada, incidindo sobre ela todo o conteúdo do art. 302 do CPC, tendo o réu o ônus de manifestar-se sobre o todos os fatos constitutivos de direito afirmado pelo autor. Caso o réu não conteste, se silencie ou aceite um desses fatos constitutivos de direito, este ganhará o *status* de incontroverso, podendo já ser antecipado. Talvez um exemplo²² possa melhor ilustrar os efeitos provocados pelo §6º: se alguém ingressa em juízo postulando uma dívida de 100, o réu ao contestar reconhece a dívida, no entanto, alega que só deve 50. Ora, já se mostra incontroverso o fato que o autor tem o direito de receber 50, então não há motivo que justifique a espera até a sentença para atribuir ao autor o seu direito.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado – Parte Incontroversa da Demanda, pg. 100.

²² Exemplo cuja autoria é do Prof. Marinoni.

Uma peculiaridade da antecipação da tutela fundamentada no §6º do art. 273 do CPC é a certeza jurídica da existência do direito postulado. Baseando-se nesse aspecto, alguns autores, dentre eles Cândido Dinamarco²³, afirmam que nesta modalidade de antecipação de tutela não é necessário que se configure o pressuposto do inciso I, do art. 273, o *periculum in mora*. Parece-nos acertada a visão do professor paulista, uma vez que admitido o direito pela parte contrária, não há nenhum empecilho que obste a imediata satisfação do pedido incontroverso, pois desta forma os dois ideais do processo estariam atendidos, tanto a segurança jurídica quanto a rapidez processual. “Nota-se que no diz respeito à parte incontroversa da demanda, tanto autor quanto o réu possuem a mesma posição, não havendo razão para a procrastinação do ato judicial que garanta a satisfação da pretensão. Entretanto, como o réu geralmente não cumpre espontaneamente sua obrigação, ainda que esteja de acordo com a pretensão do autor, faz-se imperativo que o processo civil crie meios para a realização desse direito que não se mostra mais controvertido”²⁴.

O raciocínio aplicável à antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda é análogo ao raciocínio da satisfação do crédito não impugnado do processo de execução. E para se efetivar a medida antecipatória pode ser adotado o procedimento de execução provisória da respectiva sentença de procedência. “Assim, em se tratando de antecipação de prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, o cumprimento da medida se dará com observância do procedimento e com a adoção dos meios executivos previstos no art. 461 do Código de Processo Civil; e, em se tratando de prestação de pagar quantia, adotar-se-á o rito da execução provisória, disciplinado no art. 588, antecedido, se for o caso, de procedimento de liquidação. Para tais efeitos, a decisão interlocutória que deferiu a medida servirá como título executivo”²⁵.

Feita essas considerações iniciais, passemos à análise mais detalhada da hipóteses da antecipação da tutela baseada na parte incontroversa da demanda.

²³ Pensamento exposto na obra A Reforma da reforma.

²⁴ DORIA, Rogéria Dotti. A Tutela Antecipada em Relação..., pg. 83.

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, pg. 113.

4.2 – A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda fundamentada na não-contestação dos fatos

4.2.1 – O artigo 302 do CPC

No ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio de que as partes devem se comportar com lealdade e boa-fé ao desempenharem os atos processuais, colaborando desta forma para um bom desempenho da tutela jurisdicional e possibilitando um rápido trâmite processual na medida em que, a partir de tal comportamento das partes, os limites da controvérsia ficam visíveis.

Consagrando e disciplinando este princípio de cooperação das partes, assim se pronuncia nosso Código de Processo Civil no seu artigo 302:

“Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”.

Após a leitura do art. 302 do CPC observa-se que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o ônus da impugnação específica. Tal dispositivo auxilia o magistrado na fixação da controvérsia da demanda, agilizando o andamento processual.

O ônus da impugnação específica exige que o réu se manifeste sobre todos os fatos alegados pelo autor, sob pena de serem considerados verdadeiros e, conseqüentemente, incontroversos. O art. 302 do CPC excetua apenas 3 hipóteses em que a falta de impugnação dos fatos não gera a presunção de veracidade sobre eles.

A primeira exceção é a não impugnação dos fatos que não podem ser objeto de confissão, como os relacionados a direito indisponíveis, conforme o art. 351 do CPC.

Outra exceção será quando para produzir seus efeitos típicos, um fato, mesmo que não contestado, não será reputado como verdadeiro, se precisar de um instrumento público que não esteja junto com a petição inicial.

A hipótese prevista no inciso III do art. 302 do CPC é a exceção mais sutil das três. Prevê que os fatos não impugnados não serão presumidos como verdadeiros se estiverem em contradição com a defesa, considerada em conjunto. “Para que um fato não contestado possa ser presumido verdadeiro, é necessária a consideração da contestação em seu aspecto global, verificando-se se do conjunto das alegações do réu pode-se concluir que o fato – à primeira vista não impugnado – foi aceito como verdadeiro”²⁶.

O conteúdo do art. 302 do CPC auxilia muito no bom andamento do processo, suas regras são preciosas, no entanto, a incidência pura e simples do art. 302 não é suficiente para a concessão da tutela antecipatória. Cabe ao juiz analisar se os fatos não contestados, verdadeiros portanto, conduzem aos efeitos jurídicos pretendidos pelo autor.

4.2.2 – O caso da contestação genérica

No ordenamento jurídico brasileiro é pacífico o entendimento, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, em não se admitir a contestação genérica para afastar os efeitos do art. 302 do CPC, vejamos o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre esse assunto:

“EMENTA: Contestação – Impugnação específica. Admitindo o réu que efetivamente se verificaram os fatos alegados, mas de forma diversa do apresentado pelo autor, cumpre-lhe explicitar como teriam ocorrido, **não bastando, para atender ao artigo 302 do C.P.C., a genérica afirmação** de que se passaram de modo diferente²⁷”. (G.N)

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e ..., pg. 114.

²⁷ STJ, Recurso Especial 71.778 – RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 87/228.

A proibição da contestação genérica é mais um mecanismo processual ligada à idéia de que as partes possuem o dever de colaborar para o bom andamento do processo. Sendo assim, a apresentação de uma contestação genérica não possui a força de tornar os fatos controvertidos e, conseqüentemente, possibilita a antecipação da tutela prevista no §6º do art. 273 do CPC. “A inobservância da proibição de contestação genérica obviamente deve ser sancionada com a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor. De outra forma, tal proibição não só passa a não ter valor algum, como ainda são frustrados os escopos de colaboração processual e concentração que estão na sua base”.²⁸

4.2.3 – O comparecimento em juízo e a não apresentação de contestação

O instituto da revelia no direito processual civil brasileiro passou por uma mudança de enfoque nos últimos anos.

Ao tempo de seu nascimento, a revelia foi concebida com o intuito de penalizar duramente aquele réu que não comparecesse ao chamado do judiciário. Tal entendimento, duro e inflexível, baseou-se na ficção de que toda a população brasileira era suficientemente esclarecida para tomar as medidas necessárias para o comparecimento em juízo.

No entanto, essa aplicação “cega” e inflexível da revelia não condiz com a realidade sócio-cultural da sociedade brasileira. Não é factível esperar que um brasileiro comum, com um tempo de formação escolar de em média entre 4 e 6 anos, que muitas vezes precisa “vender o almoço para comprar a janta” e que possui muitas outras preocupações que o dia-dia no Brasil nos impõe, seja suficientemente instruído para saber dos efeitos da revelia. Aliás, a realidade brasileira está muito mais perto de não se saber nem o que é a revelia.

Felizmente, a doutrina²⁹ e a jurisprudência com um olhar mais crítico e consciente do nível sócio-cultural dos brasileiros trataram de abrandar os efeitos desencadeados por um réu revel. A revelia que antes desencadeava a uma presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, passou a ter um

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e ..., pg. 119.

²⁹ Como exemplo podemos citar o texto “Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo” de lavra de José Carlos Barbosa Moreira.

entendimento relativizado, o qual nem sempre leva à aceitação das alegações do autor como verdadeiras.

O comparecimento em juízo sem a apresentação devida de contestação também pode ser considerado como revelia, mas muito diferente daquela em que réu simplesmente não aparece.

Ao comparecer em juízo, entende-se que o réu está suficientemente consciente do que está se passando, sabe qual o direito postulado e quais alegações feitas pelo autor. Portanto, as duas modalidades de revelia devem ser tratadas de formas distintas, pois a primeira revela um comportamento passivo do réu, já na segunda, ele se comporta de maneira ativa ao optar pela não contestação.

O réu que comparece em juízo, mas não contesta os fatos, está descumprido o princípio de colaboração da partes para o bom andamento do processo, além de também ignorar o preceito legal de que ao réu incumbe manifestar-se sobre todos os fatos descritos pelo autor em sua peça vestibular. Ao ignorar essas normas, está se tumultuando o bom andamento processual, pois não se colabora para redução da matéria controvertida nem para a elucidação da matéria fática.

Se o comportamento do réu que apresenta uma contestação genérica sancionado pela presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, não há porque se supor em se aplicar regra diferente aos casos de comparecimento perante o judiciário, porém descumprindo o preceito legal e não apresentando a contestação. Há de se tratar isonomicamente os que desrespeitam o princípio de colaboração das partes com o juízo.

Desta forma, quando o réu se enquadrar na segunda modalidade da revelia, comparecer ao juízo sem apresentar a contestação, os fatos alegados pelo autor deverão ser presumidos verdadeiros e, desde logo, incontroversos, possibilitando que o juiz antecipe de plano os efeitos da tutela, fundamento no art. 273, §6º.

“Assim, pode-se concluir que a revelia, por si só, não deve conduzir à presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor. Contudo, a revelia decorrente do comparecimento e ausência de contestação, ao contrário da

primeira, demonstra verdadeiro descaso do réu e, conseqüentemente, pode e deve ser sancionada com a presunção”³⁰.

4.3 – A antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda fundamentada no reconhecimento jurídico parcial do pedido

4.3.1 – Confissão e reconhecimento jurídico: diferenças

O §6º do art. 273 do CPC também fundamenta o pedido de antecipação da tutela baseado no reconhecimento jurídico do réu de parte do pedido feito pelo autor. À primeira vista, o reconhecimento do pedido e a confissão se apresentam de forma semelhante, no entanto são dois conceitos distintos com uma repercussão prática muito diferente uma da outra.

A confissão possui origem em situações diversas. Quando o réu se torna revel³¹, seja apresentando uma contestação genérica ou por comparecer em juízo, mas sem apresentar a devida peça de defesa, considera-se que ele confessou e concorda com as matérias de fato apresentadas pelo autor. Uma outra forma de confissão ocorre com a simples ação de o réu concordar com as alegações concernentes à matéria de fato apresentadas pelo autor. Essa é a confissão real, aquela é a confissão ficta. Qualquer tipo de confissão não vincula a decisão judicial, apenas implica na desnecessidade de se provar os fatos confessados. Por dizer respeito apenas aos fatos, a confissão nem sempre conduz à procedência da demanda, pois nem sempre os relatos do autor ensejam o pedido formulado, o magistrado pode entender que a conseqüência jurídica seja diversa da pretendida.

O reconhecimento jurídico do pedido é um conceito um pouco mais sutil. Ao se reconhecer juridicamente o pedido, o réu está reconhecendo mais do que apenas a matéria fática apresentada no processo, ele está concordando com a pretensão do autor. Em suma, o réu está reconhecendo juridicamente o fundamento apresentado pela parte autora e aceitando suas conseqüências. Ao contrário da confissão, o reconhecimento jurídico do pedido vincula a ação

³⁰DORIA, Rogéria Dotti. A Tutela Antecipada em Relação..., pg. 97.

³¹ A revelia aqui tratada é diferente daquela em que o réu sequer comparece em juízo, pois aquele tipo de revelia, como já exposto anteriormente, decorre de vários aspectos sócio-culturais, enquanto esta demonstra um certo desprezo do réu pela atividade jurisdicional.

do magistrado, uma vez que a partir do momento em que o réu reconhece o pedido, não há mais discussão de qual das partes é titular do direito discutido em juízo, não importando os fatos, mas sim o próprio direito considerado em si mesmo. Deste feito, nada mais resta a ser feito pelo magistrado, apenas julgar o mérito da ação de acordo com o reconhecimento jurídico do pedido realizado pela parte ré.

Enfim, “a não-contestação somente diz respeito aos fatos, ao passo que o reconhecimento jurídico é pertinente ao próprio direito. Quando ocorre não-contestação, o recurso não pode ser interposto em relação ao fato não-contestado, porém apenas para impugnar a sua qualificação jurídica. No caso de reconhecimento jurídico, há prática de ato que impede a interposição de recurso para a discussão do direito”³². Com a ressalva de que tanto a confissão quanto o reconhecimento jurídico do pedido não possuem qualquer efeito quando se trata de direitos indisponíveis.

4.3.2 – A antecipação da tutela através da técnica do reconhecimento jurídico parcial do pedido

Da mesma forma que já foi, anteriormente, demonstrado a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela baseando-se na não-contestação dos fatos, com muito mais propriedade há de se admitir que a tutela antecipada prevista no §6º do art. 273 do CPC seja concedida fundamentada no reconhecimento jurídico parcial do pedido. O reconhecimento deve ser parcial porque se for de outra forma, total, não será caso de antecipação de tutela, mas sim de extinção do processo com julgamento de mérito.

O réu ao reconhecer juridicamente parcela do pedido do autor, está não só tornando os fatos incontroversos, como também está colocando o direito em discussão como não-controvertido. O *fumus boni iuris* nessa situação está qualificadíssimo, para não dizer explícito. Não há justificativa lógica em se forçar a parte que tem razão a esperar até a sentença para, só então, ver satisfeito um pedido (parte dele) que já tinha sido reconhecido como incontroverso.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e ..., pg. 203.

A técnica da antecipação de tutela através da técnica do reconhecimento jurídico parcial do pedido é um excelente mecanismo de distribuição racional do tempo do processo, além de garantir à decisão antecipatória toda a certeza jurídica do direito postulado.

4.4 – Técnica da antecipação da tutela de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados que já se encontrem maduros para julgamento

Ao lado do reconhecimento jurídico do pedido e da não apresentação de contestação, quando ocorrer numa relação processual de o pedido (ou parte dele) se encontrar maduro para julgamento, também neste caso estaremos diante de uma situação de pedido incontroverso.

Na hipótese de haver vários pedidos cumulados e ao menos um deles tratar apenas de matéria de direito ou não necessitar de instrução dilatória, o magistrado pode conceder a antecipação da tutela prevista no §6º do art. 273 do CPC. Nos casos em que há apenas um pedido, mas que parte dele se encontre maduro para julgamento, o raciocínio a ser feito é análogo.

4.5 – A execução da tutela antecipada: efetivando o direito

O instituto da antecipação da tutela é uma excelente técnica processual de repartir entre as partes o ônus causado pela lentidão em que o processo tramita no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando, deste feito, a isonomia processual entre autor e réu.

No Brasil, a tutela antecipada é concedida (ou negada) por meio de uma decisão interlocutória, um ato decisório que não põe fim ao processo e, portanto, o recurso cabível neste caso é o agravo, que possibilita ao agravante pedir ao relator a suspensão dos efeitos da decisão impugnada ou a imediata concessão da tutela antecipatória negada, conforme o inciso III do art. 527 do CPC.

No entanto, de nada adiantaria para o autor que tem razão ver seu direito reconhecido, mas não possuir meios legais próprios para efetivá-los de imediato. Seria uma situação próxima do absurdo, o autor estaria sendo,

flagrantemente, prejudicado pelo “princípio ‘ganha, mas não leva’”. Convenhamos, é muito ilogicidade para um único sistema jurídico.

Nos casos de antecipação da tutela fundamentada no reconhecimento jurídico parcial do pedido e da não-contestação, com muito mais razão tem o autor de querer satisfazer de imediato seu direito. A decisão interlocutória que concede a tutela antecipatória das técnicas do reconhecimento do pedido e da não-contestação a faz através de uma cognição exauriente, pois esse ato decisório não está fundamentado em verossimilhança, e sim na certeza jurídica de que o pedido, ou parte dele, é incontroverso. Nessa situação, “não há dúvida de que a decisão que toma em consideração a não-contestação ou reconhecimento jurídico parcial do pedido funda-se em cognição exauriente, e, portanto, poderia em tese produzir coisa julgada material. Contudo, sabe-se que a coisa julgada material constitui questão de política legislativa, e o legislador da 2ª etapa da reforma do Código de Processo Civil preferiu tratar desta tutela como sujeita a confirmação ou revogação na sentença”³³. O mesmo ocorre na técnica da antecipação da tutela com pedidos cumulados e pelo menos um deles já se encontre maduro para ser julgado. Aqui também se aplica o §6º do art. 273 do CPC pois se o pedido já pode ser apreciado pelo juiz, não há mais qualquer controvérsia sobre os fatos que o cercam, ou por ser o pedido matéria unicamente de direito. Trata-se também de cognição exauriente e deve-se possibilitar ao autor efetivar de pronto seu direito.

A tutela antecipatória é concedida através de uma decisão interlocutória, porém teria sido melhor que a reforma do CPC tivesse admitido a coisa julgada nos casos da antecipação de tutela fundamentada do §6º do art. 273, pois então teríamos uma sentença que seria parcial, mas definitiva e de mérito. A tutela jurisdicional estaria completa e definitiva, culminando na coisa julgada material. O autor poderia já partir para a execução imediata do seu direito. No entanto, a decisão do legislador foi a de equiparar a tutela antecipatória do §6º com as demais, que são baseadas na verossimilhança do direito e *no periculum in mora*. Diante de tal equiparação, restringiu-se o alcance da antecipação aos efeitos executivos da tutela pretendida, uma vez que a execução do pedido incontroverso dar-se-á via execução provisória (art. 588 do CPC) com todas as restrições que lhe são inerentes, e o pedido,

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e ..., pg. 137.

mesmo que incontroverso, só será, realmente, concedido ao autor, após ser confirmado ao fim do processo com a sentença de mérito.

Sintetizando, o que a técnica civil-processual brasileira permite é que o magistrado conceda um pedido incontroverso através de decisão interlocutória, que neste caso é uma cognição exauriente (apesar de não ser definitiva), que servirá como título executivo para uma execução provisória. É no mínimo curiosa essa decisão do legislador brasileiro, pois a sentença de mérito também é fruto de uma cognição exauriente, e no que tange aos pedidos incontroversos, nada será mudado até o fim do processo, apenas o título do ato decisório do juiz que confirmará a parte incontroversa da demanda já concedida.

CONCLUSÃO

Depois de muito tempo relegado a um segundo plano, começa-se a dar ao tempo do processo seu real valor. Finalmente, a comunidade jurídica abriu os olhos e percebeu que a isonomia processual também reside na racional distribuição do tempo entre as partes.

Em muito boa hora veio a reforma do Código de Processo Civil com a Lei 10.444 de 2.002, internalizando princípios da moderna teoria do processo civil em nosso ordenamento jurídico, tal como a preocupação em obter do Estado uma prestação jurisdicional célere e com uma boa margem de certeza jurídica, proporcionando ao jurisdicionado receber uma tutela efetiva, adequada e tempestiva. Uma das melhores inovações da reforma foi o acréscimo do §6º ao art. 273.

A melhor doutrina processual civil brasileira há muito tempo vinha clamando para a possibilidade de se conferir desde logo ao autor aquela parcela do pedido que fosse incontroversa. Não havia um argumento sério que justificasse a espera do autor em só ver reconhecido seu pedido incontroverso apenas ao fim do processo, havia apenas a falta de técnica processual que permitisse, de pronto, ao magistrado lhe atribuir seu pedido. Felizmente, em 2.002 com a Lei 10.444 foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a técnica da antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda, um importante instrumento que possibilita(rá) que o tempo seja distribuído de forma racional entre autor e réu.

O Poder Judiciário, agora, possui as técnicas adequadas para que a dualidade segurança jurídica x tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional possam coexistir com o equilíbrio. As ferramentas estão postas na mesa e o trabalho de construção de uma prestação célere e efetiva da tutela jurisdicional está apenas começando.

BIBLIOGRAFIA

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado, parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; **ARENHART**, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003.

NERY Jr., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*, v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; **ALMEIDA**, Flávio Renato Correia de; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.